Die Unterlassungsklage, ihre Geschichte, Begründung und wirtschaftliche Bedeutung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Königlichen Universität Marburg

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Friedrich Emil Ettlinger

aus Frankfurt a. M.

Approbiert am 9. Februar 1914.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1914.

Referent: Professor Dr. F. Leonhard.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556025_0011

Inhaltsverzeichnis.

Seite

1. Die Geschichte der Unterlassungsklage 1
2. Die wirtschaftliche Bedeutung von Unterlassungspflichten und Unterlassungsklagen 6
3. Welche geltenden Gesetzesbestimmungen geben ausdrücklich eine Unterlassungsklage? 9
4. Die allgemeine Unterlassungsklage im Bürgerlichen Gesetzbuch:
   a) Geschichtliches 14
   b) Die Begründungen der allgemeineren Unterlassungsklagen 15
   c) Die Begründung aus § 249 BGB. 16
   d) Die Begründung aus § 259 ZPO. 18
   e) Der Analogieschluß 21
   f) Die Theorie des Reichsgerichts 24
5. Die Stellung des negativen Anspruchs im System des bürgerlichen Rechts. Zusammenfassung 28

Literaturverzeichnis.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900—1912.
Dernburg, Bürgerliches Recht. 1904—1910.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1903.
Eltzbacher, Die Unterlassungsklage. 1906.
Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 1898.
Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1909—1911.
Gierke, Deutsches Privatrecht. 1895.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.
Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1903.
Knigge, Die negative Leistung. Eine Skizze nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1902.
Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1898.
Lau in Gruchots Beitr. Bd. 47.
Leonhard, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1906.
Pagenkemper, Unmöglichkeit und Verzug bei Unterlassungspflichten. 1905.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 1903—1905.
Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts. 1851—1853.
Schmidt, Das Interdiktenverfahren.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1897.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1910/11.
Träger, Der Kausalbegriff in Straf- und Zivilrecht. 1904.

1. Geschichte der Unterlassungsklage.[1]

I. Allgemeines.

Den erst drohenden Gefahren schon vorbeugend entgegenzuarbeiten verrät ein größeres Raffinement, als erst den Schaden entstehen zu lassen und dann auf Abhilfe zu sinnen. Zunächst freilich wird man nur daran denken, die vorhandene Krankheit zu heilen, den erlittenen Brandschaden wieder auszugleichen, den vollzogenen Rechtsbruch zu sühnen. Die fortgeschrittene Erkenntnis aber wird der Krankheit vorbeugen, sich gegen Brandschaden versichern, gegen erst drohenden Rechtsbruch die Unterlassungsklage geben.

Schon diese Überlegung läßt uns vermuten — und die späteren Untersuchungen werden diese Vermutung bestätigen —, daß bei ursprünglichen Rechtszuständen die Unterlassungsklage keine oder nur geringe Bedeutung besitzt, daß sie aber bei fortschreitender Kultur fortschreitende Anwendung findet.

In dieser einen immer gesteigerten Bedeutung der Unterlassungsklage günstigen Entwicklung lassen sich nun zwei Hauptrichtungen unterscheiden:

Einmal kann sie darauf beruhen, daß man bei gesteigerter Kultur, insbesondere bei wachsendem Handel und Verkehr, mehr als früher für die Zukunft vorausbaut, mehr das Verhalten der Menschen schon im voraus rechtlich bindet.

> In den Fällen, in denen das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb heute eine Unterlassungsklage gibt, konnte man bereits früher meist den Ersatz des entstandenen Schadens einklagen. Heute, wo sich die gleichen Schwindeleien mittels aller Arten Reklamen und durch das raschere Tempo des Wirtschaftslebens viel schneller und gefährlicher abspielen, muß man bereits vorbeugend auf Unterlassung klagen können.

Der zweite Grund, aus dem die Unterlassungsklage immer größere Anwendung finden muß, ist mehr äußerer Natur: Das Rechtsleben schafft immer neue Rechte und Rechtsgüter, die dann ebenso wie die bereits überlieferten des Schutzes der Unterlassungsklage bedürfen.

---

[1]) Die vorliegende Abhandlung berücksichtigt die Rechtsentwicklung nur insoweit, als sie zum Verständnis des Folgenden notwendig ist. Die einzige eingehende Darstellung der Geschichte findet sich bei Eltzbacher.

So gehören der modernen Gesetzgebung an die Unterlassungsklagen zum Schutz des Patentrechtes, des Verlagsrechtes, des Urheberrechtes usw.

Auch in Zukunft werden Handel und Verkehr wachsen, neue Rechte und Rechtsgüter entstehen, und die Erkenntnis wird fortschreiten. Damit sind auch die der Entwicklung der Unterlassungsklage günstigen Bedingungen gegeben, und die Rechtsentwicklung wird naturgemäß diesen Bedingungen Rechnung tragen. Es ist sogar zu erwarten, daß das schnellere Tempo der Rechtsentwicklung, das hier gerade in den letzten 20 Jahren eingesetzt hat, auch in Zukunft anhalten, vielleicht auch sich noch beschleunigen wird.

II. Römisches Recht.

Die Geschichte der Unterlassungsklage im älteren römischen Recht ist in ihren Einzelheiten unbekannt.

Eines läßt sich aber klar erkennen: Die Unterlassungsklage entstammt dem prätorischen Recht und entwickelte sich gleichzeitig mit den Interdikten. Wenn das Edikt sagt: „uti possidetis . . . quo minus ita possideatis, vim fieri veto“ . . ., so lag hierin der Kern der Unterlassungsklage.[1]) Klagte man nämlich auf Grund dieses Interdikts, so erhielt man zunächst ein „Einzelverbot“[2]) vom Prätor. Setzte trotzdem der Verurteilte seine Störungen fort, so mußte man nochmals klagen, und zwar auf Grund dieses Verbotes für den einzelnen Fall. Nun im zweiten Verfahren erreichte man auch einen Schutz für die Zukunft: Der Gegner mußte für die noch drohenden Störungen eine Strafsumme versprechen.

In der späteren Rechtsentwicklung ist dieses Verfahren vereinfacht. So heißt es im Corpus iuris l. 12 D. 8, 5:

„Egi ius illi non esse, tigna in parietem meum immittere: an de futuris non immittendis cavendum est? Respondi: Iudicis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere cavere debeat.“

Man konnte also in der späteren Zeit — ursprünglich offenbar nicht — gleichzeitig mit der Beseitigung der gegenwärtigen die Unterlassung der zukünftigen Störung verlangen.

Verlor der Beklagte den Prozeß, so hatte er für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine Strafsumme zu versprechen; versprach er nicht, so mußte er — entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des römischen Prozeßrechtes — die Summe bezahlen, die der Kläger als den Wert seines Unterlassungsanspruches bezeichnete.

---

[1]) Savigny S. 426/27, 440/41.
[2]) Eltzbacher S. 7.

Strenggenommen hat es mithin eine Unterlassungsklage modernen Sinnes im römischen Recht überhaupt nicht gegeben: Die Möglichkeit der Strafandrohung für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung — heute eines ihrer wesentlichsten Merkmale — konnte fehlen.

Spricht man aber von einer römischrechtlichen Unterlassungsklage, so muß man stets beachten, daß diese im Rechtsleben eine verhältnismäßig sehr bescheidene Rolle gespielt hat.

Allerdings, die Unterlassungsklage findet sich zum Schutz ziemlich aller dinglichen Rechte des corpus iuris, des Eigentums,[1]) des Besitzes[2]) usw., schätzen wir aber die Gesamtzahl der Stellen, die überhaupt von ihr handeln, so kommt doch eine überraschend niedrige Zahl heraus. Wenn das moderne Recht die Klagen auf Beseitigung irgendeiner Störung behandelt, so wird auch sogleich die Unterlassungsklage geregelt.[3]) Im corpus iuris aber finden sich an vielen Stellen seitenlange Abhandlungen über die Beseitigungsklage, während die Unterlassungsklage dann immer nur mit wenig Worten oder überhaupt nicht erwähnt wird.

Es erscheint daher auch zwecklos, auf die feineren Fragen des Anwendungsgebietes der Unterlassungsklage im römischen Recht einzugehen, zu untersuchen, ob etwa die nur drohende, noch nie vollzogene Rechtsverletzung zur Klagbegründung genügte, ob etwa auch der Mieter aktiv legitimiert gewesen sei: Über alles dieses sagt das corpus iuris nichts; die Unterlassungsklage war noch zu jung, als daß sich über solche Einzelheiten schon hätten feste Normen bilden können.

Um das Gesagte kurz zusammenzufassen:

Auf ziemlich allen einschlägigen Gebieten finden wir im corpus iuris die Ansätze, nirgends aber eine durchgebildete Unterlassungsklage.

III. Gemeines Recht.

Eine wirkliche Unterlassungsklage, die als solche vollstreckbar ist, die stets eine Strafandrohung für jeden Fall der Zuwiderhandlung enthält, gibt es erst seit dem jüngsten Reichstagsabschied von 1654. Dieser bestimmte in § 162:

> „In Fällen . . . welcher weilen die Urtheil . . . ad . . . non faciendum gerichtet, . . . soll demselben (dem verlierenden Teil) uff den Fall einiger contravention ebenmäßig eine gewisse Pän bestimmt und da er ergangenem Urtheil zu wieder handlete . . . ein kurtzer Termin ad praestandam cautionem de non amplius turbando . . . zugleich auch die Exekution wegen dehs verwirckten Poenfalls . . . verfüget . . . werden".

---

[1]) l. 12 D. 8, 5.
[2]) l. 1 pr. D. 43, 17.
[3]) z. B. BGB. §§ 862, 1004.

Wie im einzelnen vom Kammergerichtsprozeß — denn nur für diesen galt die genannte Vorschrift — die neue Zwangsvollstreckung sich durchsetzte, kann hier dahingestellt bleiben. Auf alle Fälle war in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts die Entwicklung vollendet. So sagt z. B. Wetzell[1]):

> „Das römische Recht gibt für die Exekution derartiger (negativer) Leistungen keinen Anhalt . . . Die Praxis wendet daher die gewöhnlichen Ungehorsamsstrafen an und läßt, wenn ein non facere in Frage steht, die Strafe des Zuwiderhandelns gleich im Erkenntnis androhen".

Die so verbesserte Klage kam in allen Fällen zur Anwendung, in denen das corpus iuris seine „Unterlassungsklage" gewährt hatte. Aber auch nur in diesen Fällen. Erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts setzt — veranlaßt durch die eingangs erwähnten wirtschaftlichen Motive — in der Rechtsprechung eine Bewegung ein, die durch Analogieschlüsse das Anwendungsgebiet der Unterlassungsklage erweitert. Diese Entwicklung war naturgemäß keine gleichmäßige und sie läßt sich daher auch in ihren Einzelheiten kaum schildern. Wie weit man schließlich in dieser Richtung ging, zeigt ein Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahre 1903, das die noch im heutigen Rechte bestrittene Unterlassungsklage aus unerlaubter Handlung für das gemeine Recht anerkennt und zwar durch folgende Worte: „. . . indessen ist für das gemeine Recht (vgl. Jhering, Rechtsschutz gegen injuriose Rechtsverletzungen, in Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 23 S. 267) eine solche Unterlassungsklage aus unerlaubter Handlung anzunehmen".[2])

Mithin gleichen sich im Hinblick auf die Zwangsvollstreckung, auf das Anwendungsgebiet und auf die materiellen Voraussetzungen, d. h. in allen wesentlichen Punkten, die Unterlassungsklagen des heutigen und des spätesten gemeinen Rechtes fast restlos.

IV. Allgemeines Landrecht.

Das „Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten" stammt aus dem Jahre 1794.

Die von den Unterlassungspflichten handelnde Stelle[3]) — und diese wird man doch immer zuerst aufschlagen, wenn man nach Unterlassungsklagen sucht — lautet folgendermaßen:

> „Hat sich jemand zu bloßen Unterlassungen verpflichtet, und handelt dieser seiner Verpflichtung zuwider, so muß er nach dem Grade der ihm dabei zur Last fallenden Verschuldung den anderen entschädigen".

---

[1]) Wetzell S. 649.
[2]) JW. Beil. S. 11.
[3]) I, 11 § 890 ALR.

Die drei folgenden Paragraphen handeln dann von besonderen Ersatzpflichten. Hierauf wieder folgt die Lehre von den Gesindeverträgen: Die Unterlassungsklage wird mit keinem Wort erwähnt.

Im ganzen Allgem. Landrecht findet sich überhaupt nur eine einzige Stelle, die die Unterlassungsklage nennt und zwar in der Lehre vom Besitz[1]):

> „Der Richter muß den Gestörten durch Androhung verhältnismäßiger Strafen gegen den Störer, und nötigenfalls durch deren wirkliche Vollstreckung, gegen fernere Beeinträchtigung schützen . . . Hat der Störer dem richterlichen Befehl schon einmal zuwidergehandelt, so kann er überdies zur Sicherheitsleistung für künftige Beunruhigungen angehalten werden".

Hierzu gehört noch I, 24 § 54 allgem. GerO.:

> „Wenn . . . der Inhalt des Urteils dahin geht, daß jemand etwas zu unterlassen schuldig sei, . . . aber der unterliegende Teil die verbotene Handlung dennoch vornimmt, . . . so muß ihm dies durch unbedingte Strafbefehle . . . untersagt, wenn er diesen zuwiderhandelt, die Strafe wirklich beigetrieben, und das Inhibitorium unter verdoppelter Bedrohung wiederholt, der Widerspenstige zur Bestellung einer annehmlichen Kaution wegen künftiger Befolgung des Urteils angehalten . . . werden . . ."

Der Gesetzestext nahm also einen ganz sinnlosen Standpunkt ein: Er gewährte die Unterlassungsklage nur zum Schutze des Besitzes, aber nicht zum ganz entsprechenden Schutz des Eigentums, ja nicht einmal zum Schutze von vertraglichen Ansprüchen auf ein Unterlassen.[2])

Dabei konnte die Praxis nicht stehen bleiben und man interpretierte daher ziemlich gewaltsam in das Gesetz hinein, daß es auch noch andere Unterlassungsklagen kenne, zum mindesten zum Schutze des Eigentums und einiger anderer dinglichen Rechte.

Die spätere Entwicklung verlief dann parallel mit der des gemeinen Rechtes: Man dehnte die Unterlassungsklagen aus auf die neuen Immaterialgüterrechte und erkannte sie schließlich auch bei allen unerlaubten Handlungen an, indem man einfach auf die analoge Praxis im gemeinen Recht, im code civil und im bürgerlichen Recht Bezug nahm.[3])

---

[1]) I, 7 §§ 150/51.
[2]) s. I, 11 § 890 ALR.
[3]) JW., Beil. 1903 S. 11.

2. Die wirtschaftliche Bedeutung von Unterlassungspflichten und Unterlassungsklagen.

I. Die Unterlassungspflichten.

a) Unterlassungspflichten aus absolutem Recht.

Die ursprünglichste Art der Unterlassungspflichten, wie wir sie bei dinglichen Rechten vorkommen sahen, hat in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung kaum eine Änderung erfahren. Der Kläger verlangt heute noch wie vor 1000 Jahren, daß den Nachbarn verboten werde, über sein Grundstück zu gehen, daß sie das Regenwasser nicht in seinen Hof leiten dürften usw.

Ungeheure Bedeutung haben dagegen die Unterlassungspflichten und die auf sie gegründeten Klagen gewonnen auf dem Gebiete der Immaterialgüterrechte. Wenn jemand klagt, ein anderer dürfe sein Fabrikat nicht „Pilsener Bier" nennen oder das autogene Schweißverfahren nicht ausführen, da er dadurch gegen das Patent des Klägers verstoße, so handelt es sich um Millionenobjekte. Das Patentrecht, das Verlagsrecht, der Musterschutz, das Urheberrecht, kurz ein erheblicher Teil unseres Nationalvermögens, beruht wirtschaftlich darauf, daß man jeden, der gegen diese Rechte handelt, gerichtlich in Anspruch nehmen kann.

b) Unterlassungspflichten aus relativem Recht.

Das zweite Gebiet, auf dem heute Unterlassungspflichten von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung auftreten, ist das Gebiet der negativen Vertragspflichten.

In den Lehrbüchern des römischen und gemeinen Rechtes pflegte dieses Gebiet nur ganz nebenher behandelt zu werden, und man kann sich wirklich dabei des Eindrucks meist nicht erwehren, als ob es sich hier lediglich um juristische Kuriositäten ohne jedes praktische Interesse handele. Heute finden wir negative Vertragspflichten von einschneidender wirtschaftlicher Bedeutung sehr häufig, und zwar besonders auf vier Gebieten: 1. bei Vereinbarungen von Fabrikanten oder Zwischenhändlern über Preise und Absatzbedingungen, 2. als sogen. Konkurrenzklauseln, 3. bei Vereinbarungen über Arbeitsbedingungen und 4. als vertragsmäßige Schweigepflichten.

1. Zur ersten Gruppe gehört es, wenn der Schiffahrtspool einheitliche Tarife oder der Tapetenring einheitliche Verkaufspreise festsetzt, und wenn die Konvention der Seidenhändler oder irgendwelcher anderer Kaufleute bestimmt, daß nur noch gegen drei Monate Ziel und gegen einen gewissen Höchstrabatt geliefert werden dürfe. In allen diesen Fällen verpflichten sich die Mitglieder der Konventionen zu einem Unterlassen, nämlich dazu, nicht mehr anders als unter den festgesetzten Bedingungen Verträge abzuschließen.

2. Durch die Konkurrenzklauseln werden reine Unterlassungspflichten begründet. Die wirtschaftliche Bedeutung dieser Abmachungen erhellt zur Genüge aus den andauernd in Parlament und Presse um sie geführten Kämpfen.

3. Verträge über Arbeitsbedingungen werden geschlossen zwischen Arbeitgebern, zwischen Arbeitnehmern, oder von Arbeitnehmern mit Arbeitgebern.

Ein Beispiel für eine negative Vertragspflicht, die durch eine Abmachung der Arbeitgeber unter sich begründet wird, bildet der angebliche Vertrag der D-Banken, wonach sich vier unserer größten Bankhäuser verpflichtet haben sollen, gewisse Gruppen ihrer früheren Angestellten wechselseitig nicht mehr zu beschäftigen.

Ein Gegenbeispiel ist der Leipziger Verband, dem die erdrückende Mehrzahl unserer Ärzte angehört. Dieser verbietet seinen Mitgliedern an „gesperrten" Orten für Krankenkassen tätig zu werden.

Die wirtschaftlich wichtigste Regelung von Arbeitsbedingungen findet statt von Arbeitgebern zu Arbeitnehmern; häufig wird hierbei die Form des Tarifvertrags gewählt. Auch dieser ist nach der m. E. richtigen Ansicht[1]) ganz oder doch vorwiegend ein Unterlassungsvertrag.

4. Eine vertragsmäßig auferlegte Schweigepflicht finden wir in jedem Vertrag, durch den eine Bühne ein noch nicht im Buchhandel erschienenes Stück zur Aufführung erwirbt: Der Autor muß sich bei Vermeidung hoher Konventionalstrafe verpflichten, nichts über sein Werk in die Öffentlichkeit dringen zu lassen.

Sehr häufig finden wir auch, daß neu eintretende Angestellte sich — meist sogar schriftlich — zur Geheimhaltung der Geschäftsinterna verpflichten müssen. Dies tun z. B. die Beamten wohl aller Großbanken hinsichtlich der inneren technischen Bankeinrichtungen, der Guthaben und des Kredites der Kunden.

Als letztes Beispiel seien die Auskunfteien genannt. Um eine von ihnen herauszugreifen: Die Vereine Kreditreform bestimmen[2]): Die Mitglieder sind verpflichtet, . . . die ihnen von der Geschäftsstelle zugehenden vertraulichen Mitteilungen, insbesondere die erteilten Auskünfte und die Listen, streng geheimzuhalten.

II. Der Rechtsschutz bei Unterlassungspflichten.

Beim Lesen der meisten Arbeiten über die Unterlassungsklage müßte man eigentlich zu der Meinung kommen, diese sei das einzige Rechtsmittel, das die Einhaltung der Unterlassungspflichten garantiere. Wer aber in der Praxis sich umsieht, erkennt bald, daß nur in einer

---

[1]) Enneccerus S. 382 ff.
[2]) § 25 Abs. 3 der Vereinssatzungen.

Minderzahl dieser Fälle auf Unterlassung geklagt wird. Zwangsvollstreckungen gar, die auf ein Unterlassen gehen, gehören zu den größten Seltenheiten. Es muß doch auch auffallen, daß z. B. das Allgem. Landrecht von vornherein die Unterlassungspflicht auf Grund von Verträgen sanktioniert,[1]) die Unterlassungsklage in diesen Fällen aber erst nach 80jähriger Praxis anerkannt hat.[2]) Noch das Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen von 1894 erwähnt die Unterlassungsklage mit keinem Wort.

Drei Mittel des Zivilrechts kennt das Wirtschaftsleben, um Unterlassungsansprüche durchzusetzen: 1. die Vertragsstrafe, 2. die Schadensersatzklage, 3. die Unterlassungsklage.

1. Schadensersatzklage und Vertragsstrafe bieten zwar nicht juristisch, wohl aber wirtschaftlich hinreichende Garantie, daß der Gegner in Zukunft Prozesse unterlasse. Denn wer im ersten Prozeß unterlegen ist, wird sich hüten, durch die gleiche Handlung sich wieder genau dem gleichen Prozesse auszusetzen. Sie haben jedoch den gemeinschaftlichen Nachteil, daß sie nur gegenüber einem zahlungsfähigen Gegner Wert besitzen. Wenn ein Angestellter die Konkurrenzklausel bricht und unpfändbar ist, so klagt man auf Unterlassung. Man erreicht, daß er, um der Haftstrafe zu entgehen, seine neue Stellung nicht antreten kann. Hat dagegen der Angestellte Vermögen, so denkt man vor allem an Schadensersatz und Vertragsstrafe.

2. Die Vertragsstrafe hat den Mangel, daß sie naturgemäß nur bei negativen Vertragspflichten und auch da nur bei vorheriger Parteiabmachung anwendbar ist. Innerhalb dieses Rahmens aber ist sie das beste Mittel zur Durchsetzung von Unterlassungspflichten, und das erklärt ihre außerordentliche Beliebtheit im Wirtschaftsleben. Man spart durch sie im Vergleich zur Schadensersatzklage sich fast die gesamte Beweislast. Gegenüber der Unterlassungsklage besitzt sie den Vorzug, daß von vornherein der Gegner mit Strafe bedroht ist, daß man also wirtschaftlich in der gleichen Lage in den Prozeß eintritt, die man bei der Unterlassungsklage erst in der Zwangsvollstreckungsinstanz erreicht. Ferner fällt die Strafe an den Kläger und nicht an den Fiskus.

3. So kommt es, daß die wirtschaftliche Bedeutung der Unterlassungs*klage* nicht der der Unterlassungs*pflicht* entspricht.

In vielen Fällen der Praxis versagt die Unterlassungsklage vollkommen. Wir sahen, daß der Autor dem Bühnenleiter sich verpflichten muß, nichts über sein Werk in die Öffentlichkeit dringen zu lassen. Wie nun, wenn er gleichwohl hinter dem Rücken des

---

[1]) I, 11 § 890.
[2]) Entsch. d. OTr. v. 11. 6. 1874.

Bühnenleiters sein Werk an einen gutgläubigen Verlagsbuchhändler verkauft und der Druck unmittelbar bevorsteht? Eine Unterlassungsklage ist weder gegen den Autor noch gegen den Verleger gegeben: Der Autor kann nichts mehr unterlassen, der Verleger ist nicht dazu verpflichtet. Hier können nur Schadensersatzklage oder Vertragsstrafe helfen. Würde dagegen der Autor eine Vortragsreihe über sein Werk ankündigen, die der Bühnenleiter unter allen Umständen verhindern will, so muß er eine Unterlassungsklage einreichen, event. eine einstweilige Verfügung erwirken.

4. Erwähnt sei schließlich noch, daß in vielen Fällen, insbesondere bei den Immaterialgüterrechten, die einschlägigen Strafbestimmungen hinreichenden Schutz der Patente, des Eigentums, des Firmenrechtes usw. gewähren.

3. Welche geltenden Gesetzesbestimmungen geben ausdrücklich eine Unterlassungsklage?

I. Landesrecht.

Die Frage, ob auf Grund eines bestimmten Tatbestandes auf Unterlassung geklagt werden kann, ist keine prozessuale, sondern eine rein materiellrechtliche.

Wenn daher das ganze Bergrecht, die Zwangs- und Bannrechte, ein großer Teil des Nachbarrechts usw. dem Landesrecht vorbehalten geblieben sind, so entscheidet dieses auch heute noch zunächst darüber, ob man auf Grund seines Kohlenabbaurechtes, seiner Apothekengerechtigkeit usw. auf Unterlassung klagen kann. Wer aber diese durch das Landesrecht geregelte Rechte verletzt, der begeht meistens gleichzeitig eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 oder 826 BGB. oder eine Beeinträchtigung von Besitz oder Eigentum im Sinne der §§ 862 oder 1004 BGB., die dann eine bedenkenfreie Unterlassungsklage gewähren. Das Landesrecht hat daher auf unserem Gebiet nur indirekte Bedeutung: Es macht die Handlung des Gegners zu einer widerrechtlichen, und das Bürgerliche Gesetzbuch gibt dann, weil es innerhalb der genannten Paragraphen Schutz gegen widerrechtliche Handlung verleiht, und weil es jene Charakterisierung als widerrechtlich durch das Landesrecht anerkennt, die Unterlassungsklage. So ist das Kohlenabbaurecht ein „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 BGB. Wird es — und darüber entscheidet das Landesrecht — verletzt, so wird zugleich gegen den § 823 BGB. verstoßen; es ist mithin eine Unterlassungsklage zu geben, ohne daß es einer Prüfung darüber bedürfte, ob jenes Landesrecht zum Schutze des Kohlenabbaurechtes eine Unterlassungsklage kennt.

Allerdings, wenn man die allgemeine Unterlassungsklage aus

unerlaubter Handlung für das bürgerliche Recht leugnet,[1]) so muß man da, wo heute noch römisches Wasserrecht gilt, untersuchen, ob das interdictum ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur[2]) auch auf Unterlassung gehe.

II. Reichsrecht.

1. Absolute Ansprüche und Unterlassungsklage.

Bei weitem der wichtigste Fall einer Unterlassungsklage aus absolutem Recht ist der aus § 1004 BGB.:

> Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.
>
> Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist.

Diese Bestimmung erfährt wesentliche Einschränkung durch das Nachbarrecht, insbesondere den § 906 BGB.:

> Der Eigentümer eines Grundstücks kann die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt oder durch eine Benutzung des andern Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist unzulässig.

Hierher gehört auch § 907 BGB.:

> Der Eigentümer eines Grundstücks kann verlangen, daß auf den Nachbargrundstücken nicht Anlagen hergestellt oder gehalten werden, von denen mit Sicherheit vorauszusehen ist, daß ihr Bestand oder ihre Benutzung eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zur Folge hat. Genügt eine Anlage den landesgesetzlichen Vorschriften, die einen bestimmten Abstand von der Grenze oder sonstige Schutzmaßregeln vorschreiben, so kann die Beseitigung der Anlage erst verlangt werden, wenn die unzulässige Einwirkung tatsächlich hervortritt.

---

[1]) vgl. Teil 4 dieser Abhandl.

[2]) D. XLIII, 12.

Bäume und Sträucher gehören nicht zu den Anlagen im Sinne dieser Vorschriften.

Die Tragweite dieser Bestimmungen wird erheblich beeinflußt durch den Art. 124 EG. und den § 26 GewO.:

EG. Art. 124: Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche das Eigentum an Grundstücken zugunsten der Nachbarn noch anderen als den im Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmten Beschränkungen unterwerfen. Dies gilt insbesondere auch von den Vorschriften, nach welchen Anlagen sowie Bäume und Sträucher nur in einem bestimmten Abstande von der Grenze gehalten werden dürfen.

GewO. § 26: Soweit die bestehenden Rechte zur Abwehr benachteiligender Einwirkungen die Unterlassungsklage gewähren, kann diese Klage einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage gegenüber niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebes, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligenden Einwirkungen ausschließen, gerichtet werden.

Entsprechende Klagen wie zum Schutz des Eigentums finden sich im Bürgerlichen Gesetzbuch noch zum Schutz

des Namensrechts (§ 12),
des Besitzes (§ 862),
des Erbbaurechts (§ 1017),
der Grunddienstbarkeiten (§§ 1027, 1029, 1090),
des Nießbrauchs (§§ 1053, 1065),
der Reallasten (§ 1107),
der Hypothek (§ 1134),
der Grundschuld (§ 1192),
der Rentenschuld (§ 1200),
des Pfandrechts (§ 1227).

Auch außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs kennt das Reichsrecht zahlreiche Unterlassungsklagen. Am häufigsten finden sich in der Praxis die auf Grund des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb:

§ 1 Abs. 1: Wer in öffentlichen Bekanntmachungen . . . unrichtige Angaben tatsächlicher Art macht, . . . kann auf Unterlassung der unrichtigen Angaben in Anspruch genommen werden.

§ 6: Wer zu Zwecken des Wettbewerbs . . . Behauptungen tatsächlicher Art aufstellt oder verbreitet, welche geeignet sind, den Betrieb des Geschäfts oder den Kredit des Inhabers zu schädigen, ist, sofern die Behauptungen nicht erweislich wahr sind, dem Verletzten zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet. Auch kann der Verletzte

den Anspruch geltend machen, daß die Wiederholung oder Verbreitung der Behauptungen unterbleibe.

§ 8: Wer im geschäftlichen Verkehr einen Namen . . . in einer Weise benutzt, welche darauf berechnet ist, Verwechslungen . . . hervorzurufen usw.

Die Unterlassungsklage findet sich weiter im Handelsgesetzbuch zum Schutz des Firmenrechts (§ 37).

In den meisten Gesetzen über die Immaterialgüterrechte wird zwar die Unterlassungsklage nicht ausdrücklich erwähnt, wohl aber zwingt der Gesetzestext sie anzuwenden. So sagt § 11 Abs. 1 LitUG.:

Der Urheber hat die ausschließliche Befugnis, das Werk zu vervielfältigen und gewerbsmäßig zu verbreiten.

Andere Gesetze wie das zum Schutz der Warenbezeichnungen drücken sich noch unbestimmter aus:

§ 14 Abs. 1: Wer . . . Waren . . . mit dem Namen oder der Firma eines anderen . . . widerrechtlich versieht, . . . ist dem Verletzten zur Entschädigung verpflichtet.

§ 19: Erfolgt eine Verurteilung auf Grund der §§ 14—16, 18, so ist . . . auf Beseitigung der widerrechtlichen Kennzeichnung, oder wenn die Beseitigung in anderer Weise nicht möglich ist, auf Vernichtung der damit versehenen Gegenstände zu erkennen.

Indessen ist auch in diesen Fällen die Unterlassungsklage zu geben. Der Analogieschluß aus § 4 PatG., § 4 GebrMustG. usw. ist eigentlich so selbstverständlich, daß jede weitere Erörterung überflüssig erscheint. Die Praxis räumt stets in diesen Fällen die Unterlassungsklage ein.[1])

Eine Reihe weiterer Unterlassungsklagen sind möglich auf Grund des Verlagsgesetzes, soweit dieses Verlags- und Urheberrecht gegeneinander abgrenzt. So sagt z. B. § 2 Abs. 1:

Der Verfasser hat sich während der Dauer des Vertragsverhältnisses jeder Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes zu enthalten, die einem Dritten während der Dauer des Urheberrechtes untersagt ist.

In diesem Fall mag es allerdings zweifelhaft sein, ob der Unterlassungsanspruch wirklich einem absoluten — dem Verlagsrecht — entspringt oder sich auf den Verlagsvertrag stützt. Richtig dürfte sein, daß sich der Unterlassungsanspruch aus beiden Rechtsbeziehungen herleiten läßt.

---

[1]) z. B. RG. Bd. 49 S. 33.

2. Relative Ansprüche und Unterlassungsklagen.

§ 241 BGB. sagt:

> Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.

a) Die Unterlassungspflicht kann einmal den alleinigen oder wesentlichsten Vertragsinhalt bilden. So kann sich eine Grube dem Syndikat verpflichten, jährlich nur eine gewisse Menge Kohlen zu fördern. Derartige Verträge, die lediglich oder wesentlich nur auf ein Unterlassen gehen, sind juristisch betrachtet Dienst- oder Werkverträge: Das Unterlassen bildet die „Leistung der versprochenen Dienste“ (§ 711 BGB.) oder es stellt das „versprochene Werk“ dar (§ 631 BGB.).

b) In anderen Fällen erscheint die Unterlassungspflicht nur als eine Nebenverpflichtung, während den Hauptinhalt des Schuldverhältnisses ein Tun bildet. So gilt hinsichtlich der Miete (§ 577 BGB.):

> Wird das vermietete Grundstück . . . mit dem Rechte eines Dritten belastet, . . . und hat die Ausübung des Rechtes . . . eine Beschränkung des Mieters in dem vertragsmäßigen Gebrauch zur Folge, so ist der Dritte dem Mieter gegenüber verpflichtet, die Ausübung zu unterlassen, soweit sie den vertragsmäßigen Gebrauch beeinträchtigen würde.

c) Endlich kommt es vor, daß das Unterlassen dem Tun gegenüber so sehr zurücktritt, daß von einer selbständigen und klagbaren Verpflichtung nicht mehr gesprochen werden kann. Kaufe ich beispielsweise ein bestimmtes Bild, lieferbar nach einem Monat, so darf nach Treu und Glauben der Verkäufer in der Zwischenzeit nicht das Bild an einen Dritten Gutgläubigen verkaufen und übergeben, denn dadurch würde ich um das Bild gebracht. Gleichwohl kann ich nie auf Unterlassung klagen, sondern immer nur später die Rechte geltend machen, die das Gesetz bei schuldhafter Unmöglichkeit gibt. Einen ähnlichen Fall regelt § 447 Abs. 2 BGB.:

> Hat der Verkäufer eine besondere Anweisung über die Art der Versendung erteilt und weicht der Verkäufer ohne dringenden Grund von der Anweisung ab, so ist der Verkäufer dem Käufer für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich.

Also wie zuvor: Auf Unterlassung kann man nicht klagen, wohl aber andere Rechte geltend machen.

d) Wann liegt nun eine klagbare Unterlassungspflicht vor und wann nicht?

Irgendwelche unmittelbare Regelung gibt das Gesetz nicht. Schon bei der gewöhnlichen positiven Obligation pflegen eine Reihe positiver

Nebenverpflichtungen aufzutreten, die als solche nicht einklagbar sind. Wer ein „Zimmer mit Frühstück“ mietet, kann wohl nicht darauf klagen, daß ihm die Wirtin morgens Kaffee koche, sondern nur mindern oder kündigen. Klagbar sind also auch bei positiven Schuldverhältnissen nur die wesentlichen Bestandteile der Obligation. Ferner wird man bedenken müssen: Fast in jeder positiven Obligation steckt auch ein Unterlassen; das Gesetz aber sieht die positive Obligation als das Normale an, das geht aus seiner ganzen Struktur und auch aus der Fassung des § 241 BGB. hervor. Wären alle jene nebensächlichen Unterlassungen klagbar, so müßten positive und negative Schuldverhältnisse als gleichwertig erscheinen. Man wird daher vielleicht sagen dürfen: Im Zweifel ist keine selbständige und klagbare Unterlassungspflicht anzunehmen, vielmehr nur dann, wenn das Unterlassen als ein so wesentlicher Bestandteil der Obligation erscheint, daß eine gleichwertige positive Verpflichtung selbständig klagbar wäre.

4. Die allgemeine Unterlassungsklage im Bürgerlichen Gesetzbuch.

a) Geschichtliches.

Wir sahen im historischen Teile dieser Arbeit, daß die Landesrechte am Schlusse ihrer Entwicklung eine allgemeine Unterlassungsklage anerkannt hatten. Was hätte nun näher gelegen, als daß das neue Bürgerliche Gesetzbuch diese Errungenschaft der Partikularrechte übernommen und ausdrücklich sanktioniert hätte? Dies geschah jedoch nicht. Schon wenn man die „Motive“ liest, muß man sich erstaunt fragen, ob denn auf diesem Gebiete die Doktrin des gemeinen Rechtes, des Allgem. Landrechts, des code civil ganz umsonst gewesen sei. Freilich, die alten langbewährten Unterlassungsklagen aus dem Eigentum, dem Besitz usw. werden aufrechterhalten. Ausdrücklich erkennen die Motive an,[1]) daß die Beseitigungsklage nicht zum Schutze des Eigentümers ausreiche, „daß dem Berechtigten die Befugnis zugesprochen werden müsse, die Verurteilung des Gegners zur Unterlassung weiterer Störungen zu verlangen“, um so ihn schon für die Zukunft unter die Strafdrohung des § 775 ZPO.[2]) zu stellen. Mit keinem Worte aber wird der allgemeinen Unterlassungsklage gedacht. Als Rechtsfolge der unerlaubten Handlungen kennen die Motive nur die Schadensersatzpflicht, und wenn der Umfang dieses Schadensersatzes erörtert wird, so wird die Unterlassungsklage nicht erwähnt.[3])

---

[1]) Mot. Bd. 3 S. 426ff.
[2]) Jetzt § 890 ZPO.
[3]) vgl. hierzu Mot. Bd. 2 S. 724ff., 729/30.

Diese Sachlage hat sich durch die Entwürfe bis in das geltende Recht hinein erhalten: Die einzelnen Unterlassungsklagen werden erwähnt, die allgemeine Unterlassungsklage findet im Gesetzestext keine Anerkennung.

Der Unterlassungsklage kommt, wie früher ausgeführt, stets steigende Bedeutung zu. War schon vor 1900 in der partikularrechtlichen Praxis das Bedürfnis nach einer allgemeinen Unterlassungsklage hervorgetreten, so mußte dies unter dem neuen Rechte noch stärker der Fall sein. Bereits 1901 erkennt das Reichsgericht an,[1]) daß man allgemein auf Grund unerlaubter Handlungen auch Unterlassung begehren könne. Diese Neuerung wird zunächst noch ausführlich begründet. Die dort dargelegte Begründung wird später nur noch kurz wiederholt.[2]) Die Oberlandesgerichte übernehmen die Praxis des Reichsgerichts,[3]) und schon wenige Jahre nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt die allgemeinere Unterlassungsklage als etwas so Übliches und Selbstverständliches, daß eine Begründung für sie überhaupt nicht mehr den Urteilen beigefügt wird.[4])

So weit sind wir allerdings auch heute noch nicht, daß man schon von einem Gewohnheitsrecht sprechen dürfte. Auch heute ist es noch notwendig zu untersuchen, ob eine allgemeinere Klage auf Unterlassung eingeräumt werden kann, obwohl sie der Wortlaut des Gesetzes nicht erwähnt.

b) Die Begründungen der allgemeineren Unterlassungsklagen.

Vier Hauptwege sind es, auf denen man zu einer allgemeineren Unterlassungsklage zu gelangen glaubt. Die einen gehen aus von dem § 249 BGB., von der Lehre vom Schadensersatz, die anderen von dem § 259 ZPO., der Klage auf zukünftige Leistung. Wieder andere ziehen Analogieschlüsse, und einen ganz besonderen Weg schlägt endlich das Reichsgericht ein.

Es möchte unnütz scheinen, alle diese vier Wege zu besprechen, wenn schon einer unter ihnen ausreicht, um zu dem Ziele der allgemeineren Unterlassungsklage zu gelangen. Aber wie die Wege verschieden sind, so ist es auch der Ausblick, der sich an ihrem Ende ergibt. Wer etwa aus Analogieschlüssen heraus zur allgemeineren Unterlassungsklage kommt, wird sicherlich in einzelnen Zweifelsfragen zurückhaltender sein, mehr sich an den analogen Gesetzestext halten,

---

[1]) RG. Bd. 48 S. 118.
[2]) z. B. RG. Bd. 56 S. 286.
[3]) z. B. OLG. Bd. 5 S. 386.
[4]) z. B. RG. Bd. 60 S. 2.

als derjenige, der sich eine „beinahe naturrechtliche“[1]) Konstruktion zu eigen macht.

c) Die Begründung aus § 249 BGB.

Die Anhänger dieser Lehre argumentieren etwa folgendermaßen[2]):

Der zum Schadensersatz Verpflichtete hat nach § 249 BGB. „den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre“. Wenn nun jemand dauernd die Rechtssphäre eines anderen verletzt, so kann einmal durch die bereits vollzogenen, der Vergangenheit angehörenden Handlungen ein Schaden an einer Sache, an der Gesundheit, am Vermögen usw. vorliegen. Es kann aber auch weiter durch die noch ausstehenden, drohenden, der Zukunft angehörenden Handlungen schon jetzt ein Zustand der Beunruhigung geschaffen sein. Auch dieser Zustand ist ein Schaden. Das Mittel, ihn zu beseitigen, den früheren gesicherten Zustand wiederherzustellen, ist die Unterlassung. So ist die Unterlassungsklage nichts anderes als eine besondere Erscheinung der Schadensersatzklage aus den §§ 823 ff.: Der Kläger verlangt hierbei die Beseitigung desjenigen Schadens, der in dem Zustande der Beunruhigung besteht.

Den Standpunkt des Reichsgerichts zu dieser Theorie mögen die beiden folgenden Urteile klarlegen.

RG. Bd. 48 S. 118/19:

> Es kann . . . den Ausführungen des ersten Richters beigepflichtet werden, wenngleich nicht der Deduktion desselben zu folgen ist, welche die Grundsätze der §§ 249 ff. BGB. und den Gesichtspunkt eines durch Aufrechterhaltung der Drohung . . . geschaffenen rechtsverletzenden Zustandes für einen Untersagungsanspruch verwerten will.

RG. Bd. 77 S. 219:

> Von dieser Klage auf Unterlassung in ein ausschließliches Recht des Klägers abgesehen, kann eine Klage auf Unterlassung von Angriffen in den allgemeinen Rechtskreis eines anderen — von dem das Bürgerliche Gesetzbuch allerdings selbst nichts erwähnt — dann stattfinden, wenn durch eine vorausgegangene unerlaubte Handlung des Beklagten ein den klagenden Teil dauernd schädigender Zustand geschaffen wurde, der durch den Zwang zur Unterlassung beseitigt wird, so daß die Unter-

---

[1]) Eltzbacher S. 80 in der Kritik zum Urteil des RG. Bd. 48 S. 119.

[2]) vgl. z. B. Crome Bd. 2 S. 1035, 1075 usw.; Dernburg § 394 Ziff. 13; Oertmann S. 662.

lassung die Wiederherstellung des früheren Zustandes im Sinne des § 249 BGB. bedeutet.

Während also ursprünglich das Reichsgericht die Ableitung aus § 249 völlig ablehnte, anscheinend für so indiskutabel fand, daß es gar nicht näher auf sie einging, hat es neuerdings jenen Gedankengang anscheinend ebenso unbedenklich übernommen — in einem Urteil allerdings, das auch sonst zu schweren Bedenken Anlaß gibt.

Die Ableitung der allgemeineren Unterlassungsklage aus den Grundsätzen über den Schadensersatz ist abzulehnen.

a) Es ist unnatürlich und gewaltsam, ein Unterlassen als Schadensersatz zu bezeichnen. Schadensersatz leisten, heißt positiv etwas tun, wer nur unterläßt, einfach nichts tut, der leistet auch keinen Schadensersatz. Die Ableitung der allgemeineren Unterlassungsklage aus Schadensersatzbestimmungen widerspricht dem vernünftigen, natürlichen Sprachgebrauch.[1])

b) Der Schaden soll bestehen in dem Zustande der Beunruhigung. Wodurch aber wird dieser Zustand beseitigt? Nicht durch die Leistung des Beklagten, nicht dadurch, daß er in den auf das Urteil folgenden Monaten etwas unterläßt, sondern durch das im Urteil enthaltene richterliche Verbot, das mit den Mitteln des staatlichen Zwanges den bestehenden Zustand gegen künftige unerlaubte Handlungen sanktioniert.

> Beispiel: Der Beklagte ist wiederholt über die Wiese des Klägers gegangen und hat durch Niedertreten des Grases Schaden angerichtet. Wiederholungen sind für die Zukunft zu befürchten. Der Kläger begehrt 100 Mk. Schadensersatz für die Vergangenheit und Unterlassung für die Zukunft. Entsprechend ergeht das Urteil.
>
> Soweit das Urteil Zahlung auferlegt, wird der „frühere Zustand wiederhergestellt" durch die Leistung des Beklagten, die Zahlung oder die Zwangsvollstreckung. Soweit das Urteil Unterlassung gebietet, wird der frühere Zustand wiederhergestellt, d. h. der Zustand der Beunruhigung beseitigt, durch das Urteil, nicht etwa erst durch die spätere Unterlassung oder Zwangsvollstreckung.

Auch hiernach kann die allgemeinere Unterlassungsklage nicht dem § 249 BGB. entnommen werden.[2])

c) Das wichtigste Gegenargument jedoch enthalten zahlreiche eindeutige Gesetzesstellen. So heißt es z. B. im § 8 UnlWG.:

---

[1]) vgl. dagegen Staudinger-Keidel zu § 823 Ziff. XI: . . . Unterlassungsklage zur Wiederherstellung (§ 249) zulässig, z. B. Unterlassung des Bordellbetriebes, RG. Bd. 57 S. 242.

[2]) vgl. dagegen Lehmann S. 221 ff.

> Wer ... (eine Firma in unlauterer Weise benutzt) ... ist, ... zum Schadensersatz verpflichtet. Auch kann der Anspruch auf Unterlassung ... geltend gemacht werden.

Kann man es deutlicher sagen, daß nach unserem geltenden Recht der Anspruch auf Unterlassung nicht ein Sonderfall des Schadensersatzanspruchs ist, sondern selbständig neben diesem einhergeht?

Wo immer das Gesetz die Unterlassungsklage erwähnt, stellt es sie als etwas Selbständiges neben den Anspruch auf die positive Leistung. Und so sagen denn auch schon die Motive[1]):

> Der Anspruch auf zukünftige Unterlassung kann ohne besondere Bestimmung nicht geltend gemacht werden. Denn soweit dieser Anspruch sich nicht in Schadens- und Ersatzansprüche umgesetzt hat, geht er seinem Inhalte nach auf ein zukünftiges Verhalten, also niemals auf eine fällige Leistung.

Nach alledem ist die Ableitung der Unterlassungsklage aus der Lehre vom Schadensersatz ausgeschlossen.

d) Die Begründung aus § 259 ZPO.[2])

Der § 259 ZPO. regelt die Klage auf zukünftige Leistung mit folgenden Worten:

> Klage auf künftige Leistung kann ... erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde.

Diese Klage auf zukünftige Leistung hat zweifellos viel Ähnliches mit der Unterlassungsklage. Beide sind Präventivklagen; die erste soll dem Kläger die Möglichkeit geben, dereinst, bei Fälligkeit des Anspruchs, sofort zur Zwangsvollstreckung überzugehen. Die zweite gebietet bereits jetzt zukünftige Unterlassung. Auch hier soll der Kläger nicht erst das spätere Verhalten des Gegners abwarten müssen, um dann vielleicht Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Entspricht dereinst der Verurteilte nicht dem Inhalte des richterlichen Gebotes, so kann beidemal der Kläger sofort die Zwangsvollstreckung betreiben.

Und doch sind die beiden Klagen in ihrem inneren Aufbau durchaus voneinander verschieden.

Unser Gesetz stellt positive und negative Leistung stets in Parallele. Es faßt beide unter dem gemeinsamen Begriff „Leistung" zusammen. Es sagt im § 241 BGB.: „Die Leistung kann auch in

---

[1]) Mot. Bd. 3 S. 426 bei der Eigentumsfreiheitsklage.
[2]) vgl. hierzu Lehmann und Eltzbacher.

einem Unterlassen bestehen", es regelt in den §§ 862, 1004 usw. stets nebeneinander positive und negative Leistung, es stellt in den §§ 887 und 890 ZPO. wiederum die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen neben die zur Erwirkung von Unterlassungen. Demgemäß entspricht auch die Klage auf Unterlassung der Klage auf eine gewöhnliche, nicht der Klage auf zukünftige positive Leistung. Es ergibt sich folgendes Schema des Gesetzes:

Klage auf fällige Leistung { Klage auf fällige positive Leistung,
Klage auf fällige negative Leistung,

Klage auf zukünftige Leistung { Klage auf zukünftige positive Leistung,
Klage auf zukünftige negative Leistung.

Hier könnte man vielleicht zweierlei einwenden: a) eine Unterlassungsklage sei stets eine Klage auf zukünftige Leistung, b) eine besondere Klage auf zukünftige Unterlassung gebe es überhaupt nicht.

a) Die Unterlassungsklage gründet sich auf einen fälligen Anspruch.[1]) So sagt z. B. § 1004 BGB.:

> Wird das Eigentum . . . beeinträchtigt, so kann der Eigentümer . . . Beseitigung . . . verlangen.
>
> Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.

Das Gesetz sagt also: Weil der Beklagte bereits das Eigentum verletzt hat und weil weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, braucht der Kläger nicht erst abzuwarten, wie sich der Beklagte später verhalten wird, um dann hinterher Schadensersatz zu verlangen. Er soll vielmehr schon jetzt das Recht erhalten, über den Beklagten das Damoklesschwert des richterlichen Verbotes und damit der Strafdrohung aus § 890 ZPO. zu verhängen, „schon jetzt künftigen schädigenden Handlungen einen Riegel vorzuschieben".[2]) Durch das Zusammentreffen der Rechtsverletzung und der Wiederholungsgefahr erwirbt der Kläger ein Recht auf sofortige Verbesserung seiner Rechtsposition. Die Unterlassungsklage ist nicht nur Leistungs-, sondern in gewisser Hinsicht auch Rechtsgestaltungsklage. Das negative Verhalten, das sonst im allgemeinen die Rechtsordnung nur insoweit interessiert, als seine Verletzung mit Folgen belegt wird, wird in der Unterlassungsklage zum Ziele eines besonderen Anspruchs erhoben, eben weil bereits ein Rechtsbruch vollzogen und die Wiederholung zu befürchten ist.

b) Es gibt auch eine besondere Klage auf zukünftige Unterlassung.[3])

> Beispiel: Beklagter hat eine Patentlizenz noch zwei Jahre lang. Von da ab steht sie dem Kläger zu.

---

[1]) vgl. hierzu insbes. Abschn. 5 dieser Abhandl.
[2]) Enneccerus-Kipp-Wolff S. 633.
[3]) Enneccerus-Kipp-Wolff S. 633 u. 634.

Oder: Beklagter ist vertraglich verpflichtet, vom nächsten Jahre ab nicht mehr als die ihm zugebilligte Syndikatsquote zu produzieren, macht aber Anstalten, dieser Verpflichtung zuwiderzuhandeln.

Im letzteren Fall wäre beispielsweise folgender Klageantrag zu formulieren: „Dem Beklagten bei Meidung einer vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Strafe zu verbieten, in der Zeit vom 1. 1. 1920 bis 31. 12. 1930 mehr als . . . Kohlen zu fördern". Das wäre wirklich eine Klage auf zukünftige (negative) Leistung, bei der gemäß § 259 ZPO. untersucht werden müßte, ob jetzt schon „den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß sich der Schuldner der zukünftigen (negativen) rechtzeitigen Leistung entziehen werde", ob er etwa früher bereits ähnliche Verstöße sich hat zuschulden kommen lassen, oder, ob er etwa durch abgeschlossene Lieferungsverträge jetzt schon zu erkennen gibt, daß er später sich nicht an die ihm zugesprochene Quote halten wird.

Es ist ganz entsprechend, wie wenn der Vermieter sich am 1. April verpflichtet, die Zentralheizung dauernd so zu halten, daß die Temperatur in der Wohnung des Mieters zwischen dem 1. Oktober und 1. April nicht unter 18° C sinkt.[1]) Schon am 1. September kann der Mieter klagen, wenn der Vermieter seine Verpflichtung bestreitet oder keine Anstalten trifft, die beschädigte Zentralheizung wiederherstellen zu lassen.

c) Wer nun, der Hellwigschen Theorie folgend, die gewöhnliche Unterlassungsklage aus § 259 ZPO. ableitet, der verbraucht ja damit die Wirkung dieses Paragraphen, stempelt jede Unterlassungsklage zu einer „Klage auf zukünftige Leistung" und muß logischerweise leugnen, daß es daneben noch eine besondere Klage auf zukünftige negative Leistung geben könne.

Der vorhin gegebene Syndikatsfall erschiene nicht, einfach und klar, als eine gewöhnliche Klage auf zukünftige Leistung, bei der von einem noch ausstehenden Termin, dem Jahre 1920 ab, eine Dauerleistung,[2]) nämlich ein Unterlassen begehrt wird; der Fall erschiene als eine Klage auf „zukünftig-zukünftige Leistung", bei der man für später, nämlich für den 1. 1. 1920, eine Leistung für noch später, nämlich für die nachfolgende Zeit, begehrt. Da aber unser Gesetz die Mißgestalt einer Klage auf zukünftig-zukünftige Leistung

---

[1]) Eine derartig formulierte Bestimmung enthalten z. B. die in Frankfurt a. M. und in München üblichen Vertragsformulare.

[2]) Die gewöhnlichen Mißverständnisse entstehen dadurch, daß man der negativen Leistung, die meist eine Dauerleistung ist, eine einfache positive Leistung, etwa die Zahlung einer Geldschuld, gegenüberstellt, anstatt auch hier eine Dauerleistung, wie etwa den eben gegebenen Fall der Zentralheizung, gegenüberzustellen. Vgl. hierzu Abschn. 5 dieser Abhandl.

nicht kennt, müßte man abwarten, bis der Zeitablauf wenigstens eine dieser Zukünftigkeiten eingelöst hätte, man könnte vor dem 1. 1. 1920 überhaupt nicht klagen.

Das ist ein unbedingt abzulehnendes Ergebnis. Es ist daran festzuhalten: Die gewöhnliche Unterlassungsklage entspricht der gewöhnlichen Leistungsklage, der Klage auf zukünftige positive Leistung entspricht die Klage auf zukünftige Unterlassung, nur die beiden letzten Klagen werden im § 259 ZPO. geregelt.

d) Wenn man die Hellwigschen Ausführungen durchliest, so hat man ein gewisses Mißbehagen: Alle Einzelfälle der Unterlassungsklage stehen im Bürgerlichen Gesetzbuch, im Wettbewerbsgesetz usw., in privatrechtlichen Gesetzen oder Gesetzesabschnitten; die allgemeine Unterlassungsklage aber soll auf einmal in der Zivilprozeßordnung stehen? Hat wirklich der Gesetzgeber die allgemeine oder die Einzelbestimmung an falsche Stelle gesetzt?

Bei näherem Zusehen ergibt sich, daß dieses Mißbehagen sehr berechtigt ist: Der § 259 ZPO. hat eben mit der allgemeinen Unterlassungsklage nichts zu tun. Das Problem der Unterlassungsklage ist, wie vorhin ausgeführt, rein materiellrechtlicher Natur. Die Einzelbestimmungen stehen mithin am rechten Platze. Auch die die allgemeine negative Klage regelnde Norm müßte im Bürgerlichen Gesetzbuch stehen. Aber auch der § 259 ZPO. steht an richtiger Stelle, er gehört mit Fug und Recht in die Zivilprozeßordnung; denn die Frage, ob ich etwa eine noch nicht verfallene Geldforderung jetzt schon einklagen kann, ist — mindestens ganz vorwiegend — prozessualer Natur.

e) Der Analogieschluß.

Wie der Physiker in einzelnen mechanischen Vorgängen nur Ausdrucksformen desselben Gesetzes der Schwere erblickt, so erkennt auch der Jurist mitunter in einer Reihe von Einzelbestimmungen des Gesetzes nur Erscheinungen des gleichen gesetzgeberischen Grundgedankens.

Einen Analogieschluß ziehen, heißt nichts anderes, als den in jedem einzelnen jener Paragraphen bereits enthaltenen, vom Gesetzgeber auch gemeinsam gewollten, nur noch nicht gemeinsam ausgesprochenen Grundgedanken in der allgemeinen umfassenden Form zu abstrahieren.[1])

Versuchen wir diese Methode, um eine allgemeine Unterlassungsklage zu gewinnen, so haben wir mithin folgendermaßen vorzugehen:

---

[1]) In seltenen Fällen kann auch der Analogieschluß auf einer Gesetzesbestimmung allein beruhen.

Wir müssen zunächst die einzelnen Paragraphen zusammenstellen, die die speziellen Unterlassungsklagen geben, wir haben dann zu untersuchen, ob diesen Einzelbestimmungen die allgemeine Unterlassungsklage entspringt.

a) Die einzelnen gesetzlich geregelten Fälle der Unterlassungsklage habe ich bereits im Absch. 3 dieser Abhandl. aufgeführt.

b) Wenn dasselbe Rechtsgebilde aus mehreren Gesetzesbestimmungen hervortritt, so kann trotz der äußeren Gleichartigkeit der innere Aufbau völlig verschieden sein. Aber selbst wenn im inneren Aufbau eine Übereinstimmung vorhanden ist, ein gemeinsamer Grundgedanke des „Gesetzgebers", selbst dann dürfen wir noch nicht ohne weiteres den Analogieschluß anwenden. Es ist ja noch denkbar, daß der Gesetzgeber die gleichartigen Einzelerscheinungen nur als Einzelerscheinungen wollte, daß er sich, nicht dem Richter, das Recht vorbehielt, dem zwar logisch allgemein vorhandenen Grundgedanken auch allgemeine gesetzliche Geltung zu geben. Nur wenn versehentlich, aus mangelnder Technik oder sonstwie der allgemeine Grundgedanke nicht auch zur allgemeinen Formulierung gelangt ist und er doch als allgemein bindend gewollt ist, nur dann ist der Analogieschluß erlaubt.

Es sind mithin drei Möglichkeiten gegeben, die ich an drei Beispielen erörtern will.

1. Die Vorschriften über die sofortige Kündigung stimmen bei dem gewöhnlichen und dem kaufmännischen Dienstvertrag wörtlich überein, sie ähneln sich bei verschiedenen Gesellschaften des Handelsgesetzbuches und der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes.[1]) Ein Analogieschluß ist trotzdem nicht möglich. Es fehlt bei der ausgesprochenen Individualität dieser einzelnen Rechtsgebiete eine gemeinsame Grundlage. Mit Absicht hat der Gesetzgeber das kaufmännische Dienstverhältnis als etwas Besonderes auch besonders geregelt. Es fehlt trotz der äußeren Gleichartigkeit die Voraussetzung eines jeden Analogieschlusses, die innere Übereinstimmung.

2. Der Begriff des „Halters" mit seiner weitgehenden Haftung wurde zum erstenmal bei den Bestimmungen über den Tierhalter ausgebildet (§ 833 BGB.). Er ist von dort übergegangen in das Automobilgesetz und wird — wie er sich schon in dem jetzt dem Reichstag zugegangenen Entwurf findet[2]) — wohl übergehen in das noch zu erwartende Gesetz über den Luftverkehr.

---

[1]) vgl. §§ 626, 723, 749 BGB., §§ 70, 133, 339 usw. HGB.

[2]) § 15 Abs. 1 des Entwurfes: Wird bei dem Betrieb eines Luftfahrzeugs, das zur Aufnahme von Menschen bestimmt ist, jemand getötet oder sein Körper oder seine Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Halter des Fahrzeugs verpflichtet, dem Verletzten den Schaden zu ersetzen.

Der Grundgedanke ist gemeinsam etwa dieser: Derjenige, der in einer bestimmten, vorwiegend wirtschaftlichen Beziehung zu dem Tier, dem Auto, dem Aeroplan steht, der eben im Sinne des Gesetzes „Halter“ ist, der soll dieser Verbindung wegen, die stets eine gewisse objektive Gefährdung der Umwelt mit sich bringt, schlechthin für jeden Schaden haften, der durch das Tier, durch das Fahrzeug entsteht, auch dann sogar, wenn ihn in dem einzelnen Falle kein Verschulden trifft.

Trotzdem können diese Bestimmungen nicht analog — etwa auf den „Halter“ einer Dreschmaschine — angewandt werden.

Denn weil diese Haftung so sehr über das sonst gewohnte Maß hinausgeht, will sich selbst der Gesetzgeber das Recht vorbehalten, dem gemeinsamen Grundgedanken in jedem Spezialfall besonders Rechtskraft zu verleihen. Er, nicht der Richter, wird demnächst untersuchen, ob auch der Halter des Aeroplanes haften solle wie der Halter des Automobiles: Der gemeinsame gesetzgeberische Gedanke ist absichtlich nicht zum Ausdruck gekommen, ein Analogieschluß ist nicht gestattet.

3. Es dürfte schwer fallen, für den dritten Fall, der allein den Analogieschluß zuläßt, ein besseres Beispiel zu finden als gerade die allgemeine Unterlassungsklage.

Man stelle nur zwei Gesetzesbestimmungen, die eine einzelne Unterlassungsklage gewähren — etwa die zum Schutze des Eigentums und die zum Schutze des Namensrechts (BGB. §§ 12, 1004) —, nebeneinander:

> § 12: Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens . . . verletzt, so kann der Berechtigte von dem anderen die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.
>
> § 1004: Wird das Eigentum . . . beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen . . .

Die beinahe bis auf den Wortlaut gehende Übereinstimmung ist hier kein Zufall. Jede solcher Einzelbestimmungen besteht aus einem individuellen Teil und einer allgemeinen Folgerung. Der erste Teil sagt uns: „Ich, der Gesetzgeber, stelle dieses oder jenes Recht oder Rechtsgut, das Namensrecht, den Besitz usw. in meinen besonderen Schutz. Ich mißbillige den Eingriff in das Eigentum und in den reellen Geschäftsbetrieb. Dies alles auf Grund der besonderen Eigenart dieser Rechtskomplexe“. Bis dahin ist jede Norm eine besondere Individualität; der Gesetzgeber behält sich vor, diese besonders ge-

schützten Rechte selbst zu bezeichnen, wie er denn auch neue derartige Rechtsgebilde — meist sogen. absolute Rechte — im Recht am eigenen Bilde, an der Grammophonplatte usf. geschaffen hat.

An dieser Stelle aber beginnt jedesmal der allgemeine Rechtsgedanke. Der Gesetzgeber sagt weiter: „Weil ich diesen Eingriff mißbillige, gebe ich eine Klage auf Beseitigung des Eingriffs".

Und dann: „Weil ich diese Klage für die Vergangenheit gebe, sollst du, wenn bei dem Verhalten des Beklagten gleiche Eingriffe für die Zukunft zu befürchten sind, nicht erst diese abwarten müssen, nein, du darfst dann schon jetzt den Riegel des richterlichen Unterlassungsgebotes vorschieben".

Nicht auf Grund der besonderen Eigenart des Erbbaurechtes, des Besitzes, des Patentrechtes usf. wird die Unterlassungsklage gegeben, sondern weil diese Rechte bereits durch die Schadensersatzklage privilegiert sind, wird für die Zukunft gleich die Unterlassungsklage mitgewährt. Das Urteil, das das vollzogene Unrecht auszugleichen sucht, soll zugleich das noch drohende verhindern, der Verletzte soll es nicht nötig haben, in jedem Einzelfall ganz die gleiche Klage immer wieder aufs neue anstrengen zu müssen.

Dies der allgemeine Rechtsgedanke.

Warum hat ihn der Gesetzgeber, der ihn doch offenbar fühlte, vielleicht sogar bewußt anwandte, nicht ausgesprochen? Warum wiederholt er immer wieder die gleichen Worte, statt hinter dem § 249 den allgemeinen Grundsatz auszusprechen?

Weil hier das Gesetz schlecht abgefaßt ist.

Nun meint zwar Lau,[1]) einen solchen Fehler könne der Gesetzgeber unmöglich gemacht haben. Man lese aber nur die Motive nach! Man hat die allgemeine Unterlassungsklage, die das Landesrecht bereits errungen hatte,[2]) nicht nur nicht geregelt, man hat nicht einmal das Problem erörtert! Man hat stückchenweise bei einzelnen Rechtsgebilden die Unterlassungsklage geregelt und hat sie bei anderen Stellen — eben da, wo jetzt der Analogieschluß einsetzen muß — überhaupt nicht erwähnt. Man hat — und das ist auch der Sinn der in höflichere Worte gekleideten Ausführungen Eltzbachers[3]) —, soweit man die negative Klage nicht aus dem gemeinen Recht entnahm, sie vergessen.

f) Die Theorie des Reichsgerichts.

Das Reichsgericht hat zur Begründung einer allgemeinen Unterlassungsklage für das bad. Landrecht nachstehende Erwägungen an-

[1]) In Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 497ff.
[2]) vgl. den geschichtlichen Teil dieser Abhandl.
[3]) Eltzbacher S. 102/03.

gestellt,[1]) die es jetzt aber ausdrücklich auch für das Bürgerliche Gesetzbuch in Anspruch nimmt[2]):

„Indem das Gesetz demjenigen, welcher eine unrechte Tat . . . vorgenommen, . . . zur Entschädigung verpflichtet, geht es notwendig[3]) von dem Satze aus, daß derselbe verpflichtet sei, eine Handlung, weil mit Unrecht in die Rechtssphäre eines anderen eingreifend, zu unterlassen. Es bestand also eine Verpflichtung zur Unterlassung jener Handlung, und zwar nicht etwa bloß aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder gegenüber der öffentlichen Ordnung, sondern aus Gründen des Privatrechts und gegenüber demjenigen, welchem durch die unrechte Tat Schaden zugefügt wird. Es wird sonach durch die unrechte Handlung das Recht desjenigen, welcher hierdurch beschädigt wird, auf Unterlassung der Handlung verletzt, und setzt diese Verletzung nicht etwa ein sonstiges, bereits bestehendes Rechtsverhältnis . . . voraus. Ist aber nach dem Gesagten auch im vorliegenden Falle eine Verbindlichkeit zur Unterlassung, und zwar gegenüber einer hiernach andrerseits ein Recht auf jene Unterlassung habenden Person nicht ausgeschlossen, so bedarf es — sofern sich nicht aus sonstigen Rechtsnormen, insbesondere des Prozeßrechtes, die Unmöglichkeit eines klagend verfolgbaren Anspruchs auf Unterlassung ergibt — zur Möglichkeit eines klagend verfolgbaren Anspruchs auf die fragliche Unterlassung nicht etwa einer besonderen gesetzlichen, diese Möglichkeit ausdrücklich feststellenden Bestimmung. Wenn das Gesetz ein Recht gewährt oder eine Verpflichtung auferlegt, muß es auch die Möglichkeit gewähren, den Anspruch hierauf, also bei einer Verbindlichkeit zur Unterlassung den Anspruch hierauf gegen den zur Unterlassung Verpflichteten in dem auch sonst für bürgerliche Rechtsansprüche vom Gesetz gegebenen Weg (also vor den bürgerlichen Gerichten im Wege der Klage) verfolgen zu lassen. Ein gesetzliches Hindernis, das für den Anspruch der jetzt in Rede stehenden Art einer Klage entgegenstände, besteht nicht. Eine Klage auf Unterlassung einer unrechten Tat muß vielmehr jedenfalls dann als zulässig erscheinen, wenn das unrechte Verhalten bereits verwirklicht wurde und daher mit der Klage auf Unterlassung die Fortsetzung des unrechten Verhaltens verhütet werden soll . . .“

[1]) RG. Bd. 25 S. 347.
[2]) RG. Bd. 57 S. 242 und sonst häufig.
[3]) Das gesperrt Gedruckte ist vom RG. hervorgehoben.

Der Inhalt der vorstehenden Ausführungen ist kurz etwa dieser: Wenn das Gesetz einen Eingriff untersagt, muß es damit dem Berechtigten einen Unterlassungsanspruch geben. Verleiht es diesen Anspruch, so muß es notwendigerweise damit auch eine Klage auf Unterlassung gewähren.

Das klingt nicht nur, wie Eltzbacher sagt,[1]) beinahe naturrechtlich; das ist reines Naturrecht. Aus rein logischen („ewig gleichen") Erwägungen wird gefolgert, daß aus der Existenz eines Rechtsverbotes notwendig die Unterlassungsklage abgeleitet werden müsse.

1. Die Rechtsgeschichte pflegt sich wenig an solche logische Notwendigkeiten zu kehren. Ich habe weiter oben[2]) ausgeführt, daß es lange Zeit eine Unterlassungsklage überhaupt nicht gegeben hat, und daß unsere Unterlassungsklage keineswegs als ein fertiges Gebilde in die Erscheinung trat, sondern ganz allmählich ausgebaut wurde. Bereits im klassischen römischen Recht war die arglistige Schadenszufügung verboten. Trotzdem konnte man nicht auf Unterlassung klagen, wenn nicht zufällig jener Eingriff zugleich das Eigentum, den Besitz oder ein damals durch die negative Klage bereits privilegiertes Recht verletzte. Die allgemeine negative Klage aus unerlaubter Handlung ist vielmehr erst durch die gemeinrechtliche Doktrin — man darf ruhig sagen — erfunden worden. Der Annahme, die Logik habe sich seit jener Zeit geändert, möchte ich doch die vorziehen, die Deduktion des Reichsgerichtes irre.

2. Und warum muß denn auch der Gesetzgeber, der jemanden wegen einer unrechten Tat „zur Entschädigung verpflichtet", „notwendig" auch damit „eine Verbindlichkeit zur Unterlassung" schaffen? Können wir uns nicht einen Gesetzgeber denken, der immer erst abwartet, ob das erst drohende Unrecht sich auch verwirkliche; ist das nicht der Standpunkt jedes primitiven Rechtes, ist das nicht in vieler Beziehung auch heute noch Rechtens? Wenn ein Schuldner, um mich zu schädigen, einem Dritten Sachen überträgt, so kann ich zwar unter Umständen hinterher gegen den Dritten auf Grund des Anfechtungsgesetzes klagen, ich vermag jedoch nicht, ihm vorbeugend die Inbesitznahme der Sachen zu verwehren.

3. Aus der Deduktion des Reichsgerichts ginge eigentlich zwingend folgendes Ergebnis hervor: Wenn ein Wirt lärmend Kegel spielen läßt, so verletzt er die Rechte seines Grundstücksnachbarn, wenn der Tatbestand des § 1004 BGB. gegeben ist. Also kann dieser auf Unterlassung klagen. Einen wieviel schwereren Eingriff begeht nun dieser Wirt, wenn er mit der Frau des Nachbarn die Ehe bricht. Wieviel mehr mißbilligt der Gesetzgeber den Ehebruch als lärmendes

---

[1]) Eltzbacher S. 80.
[2]) vgl. den historischen Teil dieser Abhandl. Abschn. 1 u. 2.

Kegelspiel! Es muß also der Ehemann verlangen können, daß seiner Frau und deren Liebhaber bei 20 Mk. Strafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung weiterer Ehebruch untersagt werde.

Dieser Schluß ist rein logisch unabwendbar. Denn nach der Deduktion des Reichsgerichtes kommt es ja nicht darauf an, ob es sich gerade um eine verletzte Ehe, einen gestörten Besitz, einen Eingriff in ein Patentrecht handelt, es kommt nur darauf an, ob der Eingriff — sei es durch §§ 823, 826 BGB. oder sonstwo — verboten, und daß eine Wiederholung zu fürchten ist.

Nun denkt natürlich das Reichsgericht gar nicht daran, ein solches Urteil zu erlassen. Vielmehr erklärt es ausdrücklich solche Klageanträge mit folgender Begründung für unzulässig[1]):

> „Das Hineinziehen der inneren Verhältnisse des Ehelebens in einen bürgerlichen Rechtsstreit außerhalb des geordneten Eheprozesses widerstreitet dem sittlichen Wesen der Ehe, wie dieses durch die Rechtsordnung anerkannt wird".

Indessen erklären sich die Besonderheiten des Verfahrens in Ehesachen aus anderen Motiven: Es soll die Simulation von Ehescheidungsgründen verhindert werden, es soll durch die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft einem etwaigen öffentlichen Interesse Rechnung getragen werden usw. Nirgends aber tritt die Tendenz hervor, einer auf Erhaltung der Ehe gerichteten Klage, wie es doch die Unterlassungsklage wäre, Schwierigkeiten zu machen.

Und abgesehen davon: Man kann doch nicht dem betrogenen Ehemann, wenn er an sich den Unterlassungsanspruch hat, die Klagemöglichkeit damit abschneiden, daß man sagt, eine solche Klage im gewöhnlichen Zivilprozeß sei unsittlich. Wie viele Prozesse zwischen Ehegatten werden auch sonst im gewöhnlichen Verfahren der Zivilprozeßordnung geführt, bei denen die ganze schmutzige Wäsche der Ehescheidungsgründe ausgebreitet wird.

Die Grundempfindung dieses reichsgerichtlichen Urteils ist zweifellos richtig: Die Unterlassungsklage gehört nicht ins Eherecht! Die dargelegte Schwierigkeit ist jedoch nur zu vermeiden, wenn man im Gegensatz zum Reichsgericht auf dem Wege der Analogie die allgemeine Unterlassungsklage findet. Denn eine analoge Anwendung der Grundsätze über die allgemeine negative Klage auf das Eherecht ist allerdings nicht möglich. Das Gesetz bestimmt im Bürgerlichen Gesetzbuch, welche Gründe allein zu einer Ehescheidung ausreichen, in der Zivilprozeßordnung, wie diese Gründe geltend zu machen sind. Diese Regelung soll offenbar eine ausschließliche sein. Nur diese Mittel und Wege soll es geben, eine Ehe aufzulösen oder neu zu binden. Einen Analogieschluß gibt es nicht. Der betrogene Ehemann

---

[1]) RG. Bd. 71 S. 89.

muß entweder auf Scheidung bezw. Trennung von Tisch und Bett klagen oder sich den Ehebruch gefallen lassen.

Es sei nur noch darauf hingewiesen, daß der Ehebruch nicht der einzige Fall ist, bei dem diese Fragen auftauchen. Warum kann das Kind, wenn sein Vater das elterliche Züchtigungsrecht überschreitet und es mit der Reitpeitsche schlägt, nicht auf Unterlassung klagen, warum nicht das Mündel, aus dessen Vermögen der Vormund wiederholt Spekulationspapiere kauft? Weil hier der Gesetzgeber bestimmte ausschließliche Zwangsmaßnahmen gibt, z. B. die Entziehung der elterlichen Gewalt, und weil er offenbar diese Maßnahmen allein wollte, weil deshalb für eine analoge Übertragung der Unterlassungsklage auf diese Gebiete kein Raum ist.

5. Die Stellung des negativen Anspruchs im System des Bürgerlichen Rechts. Zusammenfassung.

Nach den bisherigen Erörterungen ist dieses die Stellung der negativen Klage im allgemeinen System des Gesetzes:

Die Unterlassungsklage steht nicht im Gegensatz zur positiven Leistungsklage, sie läuft ihr vielmehr parallel: Es finden grundsätzlich, soweit nicht das Gesetz selbst ein anderes bestimmt, auf beide Klagearten die gleichen Grundsätze Anwendung. Es erscheint verfehlt, hierüber in Erörterungen einzutreten, da ja die Parallelität des positiven und des negativen Anspruchs ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen ist (vgl. §§ 241, 194 BGB.).

Es wird gleichwohl vielfach behauptet, der negative Anspruch habe allerlei Besonderheiten, die sich „logisch“ aus seiner negativen Natur ergäben; bald soll er nicht vertretbar sein, bald soll man die gewohnte Lehre von der Unmöglichkeit auf ihn nicht anwenden können usf.

Ich versuche deshalb im Folgenden, die strenge Parallelität des positiven und negativen Anspruchs an Beispielen bei den wichtigsten Fragen nachzuweisen.

1. Einfache und Dauerleistung.

Die positive Obligation geht entweder auf eine einfache einmalige („am 1. 10. 1914 100 Mk. zu zahlen“) oder auf eine Dauerleistung („die Mietsräume auf einer Mindesttemperatur von 20° C zu erhalten“). Ebenso ist es mit der negativen Obligation („auf der Generalversammlung nicht mitzustimmen“ und „ein Grundstück 10 Jahr lang nicht zu veräußern oder zu belasten“).

Dabei ist allerdings zu beachten, daß die positiven Obligationen verhältnismäßig selten, die negativen beinahe immer auf Dauerleistungen gehen. Die angeblichen Besonderheiten des negativen

Anspruchs werden dadurch „gefunden", daß man eine einfache positive mit einer negativen Dauerobligation vergleicht. Daraus ergeben sich allerdings Gegensätze, die jedoch nicht Eigentümlichkeiten der negativen, sondern der Dauerobligationen sind.

Besonders wird so operiert bei der Lehre vom

2. Schuldnerverzug.

So sagt z. B. Knigge[1]):

> „Klar ist, wenn der Schuldner seine positive Verbindlichkeit schuldhafterweise nicht erfüllt, dann gerät er auf Mahnung des Gläubigers hin in Verzug".

Ganz anders bei der negativen Leistung:

> „Hier muß durch ein Zuwiderhandeln des Schuldners stets eine Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt werden".

Wirklich? Ist es nicht bei der positiven Dauerobligation ebenso? Wird nicht auch dort regelmäßig die Leistung insoweit unmöglich, als der Schuldner die Zeit, in der er zu leisten hat, fruchtlos, ohne zu erfüllen, verstreichen läßt? Wenn etwa mein Hausherr nach dem Mietsvertrage von September bis April zu heizen hat und stellt die Heizung erst im Oktober an, dann kann man gleichfalls nicht von Verzug, nur von teilweiser Unmöglichkeit sprechen. Der Hauswirt kann doch nicht im Oktober doppelt stark oder im Mai nachträglich heizen; soweit er im September zu heizen hatte, ist seine Leistung unmöglich geworden.

Und umgekehrt wieder! Wenn — wie Lehmann an einem treffenden Beispiel ausführt — jemand versprochen hat, zwei Stunden lang jeden Tag nicht Klavier zu spielen, um einem Gelehrten Gelegenheit zu einer Arbeit zu geben, warum soll es nicht Sinn des Vertrages sein können, daß der Klavierspieler, der einmal statt bis 5 bis $5^1/_4$ Uhr geübt hat, das Unterlassene von 7 bis $7^1/_4$ Uhr „nachholen" kann? Es ist also gar nicht richtig, daß die Folge der Zuwiderhandlung notwendig eine teilweise Unmöglichkeit sei.

3. Unmöglichkeit des Unterlassens.

> „Jeder Unterlassungspflicht bin ich fähig zu genügen" (Knigge[2])).

Das tägliche Leben liefert genügend Gegenbeispiele: Ein Kaufmann hat bei einer Auskunftei eine Erkundigung eingezogen und sich dabei nach den bekannten Formularen verpflichtet, die Quelle seines Wissens nicht zu nennen. In einer Strafsache wird er hierüber als Zeuge befragt. Er hat in der Voruntersuchung bereits Inhalt und

---

[1]) Knigge S. 38/39.
[2]) Knigge S. 39; vgl. Pagenkemper S. 27ff.

Quelle der Auskunft angegeben und wird, wie zu erwarten ist, dies in der öffentlichen Hauptverhandlung wieder tun. Kann die Auskunftei auf Unterlassung klagen? Nein, denn dieses Unterlassen ist unmöglich: Der Zeuge wird durch Geldstrafen und Haft zum Zeugnis gezwungen. Wäre der Kaufmann eine zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigte Person, so hätte — wenn wir von auf andern Gebieten liegenden Bedenken hier absehen — die Auskunftei einen klagbaren zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch.

(Ob hier nun „juristische" oder „logische" Unmöglichkeit vorliegt, kann ganz dahingestellt bleiben. Es ist Unmöglichkeit im Sinne des Gesetzes; denn das Gesetz will niemand zumuten, einen Zwang zu ertragen, den es selbst für ausreichend erachtet, den freien Willen zu brechen.)

4. Vertretbarkeit.

Weiter sagt man, eine negative Schuld sei nicht vertretbar.

> „In dem Sinne ist jede Unterlassungspflicht streng persönlich, als der Schuldner die ihm auferlegte Leistung nicht durch Dritte bewirken ... kann".[1])

Auch hier lehrt uns die Praxis das Gegenteil: Gerade die wichtigsten Syndikatsverträge beruhen — wirtschaftlich gesprochen — auf dem Prinzip der Übertragbarkeit der Produktionsquoten — rechtlich korrekt gesagt —, auf dem Grundsatz der Vertretbarkeit der Unterlassungspflicht. Wenn die Fabrik A nach dem Kartellvertrag nur 100 000 t jährlich fördern darf, und sie kauft sich dazu das gesamte Kontingent der Fabrik B mit jährlich 20 000 t, so daß sie nunmehr 120 000 t fördert, kann sie dann auf Unterlassung verklagt werden? Mit Recht wird sie entgegnen, sie fördere zwar jetzt mehr, als ihr nach dem Vertrage zustehe, dafür liege aber auch jetzt die Fabrik B still, diese unterlasse für sie.

Nichts anderes bedeutet es, wenn z. B. in diesem Jahre das Hefesyndikat „durch Zukauf von Produktionsrechten von Outsidern" sein Herstellungsrecht auf 790 000 Ztr. erhöht hat.[2])

5. Fälligkeit.

> „Die Unterlassungsklage hat niemals eine fällige Leistung zum Gegenstande".[3])

Gewiß — je nachdem, was man unter Fälligkeit versteht. Man pflegt aber, wenn der Hausherr verpflichtet ist, vom 1. Oktober ab zu heizen, zu sagen, dieser Anspruch werde am 1. Oktober fällig. Und wenn am 10. Oktober der Mieter klagt, so ist das im Sinne

---

[1]) Lehmann S. 310.
[2]) vgl. Frankf. Ztg. v. 9. 11. 1913.
[3]) Eltzbacher S. 83 unten.

der Zivilprozeßordnung keine Klage auf zukünftige Leistung, die Klage geht vielmehr auf eine fällige — oder vielleicht besser gesagt: verfallene — Leistung. Genau so ist es, wenn man statt der positiven eine negative Dauerleistung betrachtet: Wenn ein Impresario einen Sänger darauf verklagt, daß er bis Ende 1920 nur an den ihm von dem Kläger zugewiesenen Theatern auftreten dürfe, so ist dieser Anspruch genau so fällig oder verfallen oder nichtfällig wie jener, die Wohnung zu heizen.

6. Zwangsvollstreckung.

Die Zwangsvollstreckung ist eines der Gebiete, auf denen das Gesetz ausdrücklich eine verschiedene Behandlung positiver und negativer Ansprüche vorschreibt. Ansprüche auf eine positive Leistung sind durch Anlegung von Pfandsiegeln, Wegnahme der zu pfändenden Sache usw. zu vollstrecken, Ansprüche auf Dulden oder Unterlassen durch Androhung einer Geldstrafe für jede Zuwiderhandlung (§ 890 ZPO.).

Bei näherem Zusehen ergibt sich, daß nicht einmal diese Verschiedenheit auf der inneren Natur des positiven und negativen Anspruchs beruht, sondern darauf, daß der erstere regelmäßig auf einfache, der letztere regelmäßig auf Dauerleistung geht. Es ergeben sich sofort die absonderlichsten Schwierigkeiten, wenn einmal das Gegenteil der Fall ist.

Hat sich jemand verpflichtet, bei einer bestimmten Abstimmung nicht mitzuwirken, so kann man ihm doch nicht „für jede Zuwiderhandlung“ eine Strafe androhen. Hat er einmal zuwidergehandelt, so ist die ganze Angelegenheit damit zu Ende.

Das Gegengleiche gilt für den positiven Daueranspruch. Heizt der Vermieter nicht, so verurteilt ihn das Amtsgericht Frankfurt a. M. in ständiger Rechtsprechung dazu, dafür zu sorgen, daß in den Wohnräumen des Mieters innerhalb bestimmter Stunden die Temperatur nicht unter 18° C sinke. Und wie vollstreckt es dieses Urteil? Nicht indem es, was doch de lege ferenda das einzig Vernünftige wäre, dem Hausherrn für jeden Tag, an dem er nicht heizt, eine Strafe androht, sondern indem es den Mieter ermächtigt, Koks einzukaufen, einen eigenen Heizer zu engagieren usw., die Kosten dafür vorweg zu pfänden, kurz auf dem Wege des § 887 ZPO. Man wird begreifen, wie wenig eine solche Regelung dem Rechtsschutzbedürfnisse entspricht. Ein böswilliger Hausherr braucht nur seinen Schlüssel zur Heizung oder zu dem — am Ende gar einem Dritten vermieteten! — Keller seinem Heizer zu geben, um bei der nur wenige Monate betragenden Heizperiode tatsächlich eine Zwangsvollstreckung unmöglich zu machen.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Am 18. Februar 1889 wurde ich zu Frankfurt a. M. geboren. Ich besuchte von 1895 bis 1907 das dortige Wöhler-Realgymnasium und studierte dann in Heidelberg, Berlin, Marburg und München Rechtswissenschaft. Seit 1910 bin ich Referendar.

Am 9. Februar 1914 legte ich an der Universität Marburg mein Doktorexamen ab.